

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a preprint version which may differ from the publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/162671>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-08 and may be subject to change.

Toezicht op concentraties - stimuleert de Europese Commissie innovatie?

Fay Kartner

1. Introductie

De afgelopen jaren heeft de technologie een hoge vlucht genomen. Voor bedrijven is het steeds belangrijker dat zij innovatief worden of blijven; dit is een middel om te concurreren.¹ De opvatting dat het recht een taak heeft om dit te stimuleren komt ook steeds vaker naar voren. We bekijken deze ontwikkelingen vanuit het mededingingsrecht, en zoomen in op het toezicht van de Europese Commissie op concentraties. We bestuderen of de Commissie hierbij voldoende rekening houdt met de specifieke kenmerken van verschillende sectoren – van ICT tot farmaceutische bedrijven tot telecom.

Wanneer er een concentratie plaatsvindt, en deze heeft een Gemeenschapsdimensie, dienen bedrijven deze aan te melden bij de Commissie om hiervoor goedkeuring te verkrijgen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer bepaalde omzetsdrempels behaald worden.² De Commissie kijkt dan of een concentratie leidt tot een significante beperking van de mededinging, onder andere door het ontstaan of versterken van een dominante positie. De Commissie keurt een dergelijke transactie zelden geheel af, maar verbindt vaak wel voorwaarden aan de goedkeuring.³ Dit artikel beschrijft hoe deze voorwaarden bijdragen tot (het behoud van) een innovatief bedrijfsklimaat.

Dit artikel gaat na in hoeverre de Commissie verschillen tussen sectoren in acht neemt bij het verbinden van voorwaarden aan een goedkeuring van een concentratie. Paragraaf 2 geeft een algemeen overzicht van de mogelijke effecten van fusies op innovatie en legt uit hoe de Commissie hiermee omgaat. In paragraaf 3 worden verschillende sectoren (telecom, ICT en de farmaceutische sector) behandeld aan de hand van een aantal invloedrijke zaken. Het maakt immers verschil met welke sector we te maken hebben, en mededingingsautoriteiten dienen hiermee rekening te houden, zoals Lemley uitlegt.⁴ De betreffende sectoren zijn gekozen omdat het sectoren zijn waarin veel fusies en overnames plaatsvinden en de Commissie zich in deze sectoren reeds uitgebreid heeft uitgelaten over innovatie. Paragraaf 4 vergelijkt en verklaart de overeenkomsten en verschillen tussen de sectoren. Paragraaf 5 concludeert.

¹ B. Mooij & C.S. Rusu, 'Innovation and EU Competition Law: In Need of a Narrative for where the Money is Put' (2016) *Legal Issues of Economic Integration* 173-200; 178-179.

² Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, *Official Journal* L 24, 29.01.2004, p. 1-22.

³ Voor een algemene uitleg over dit toezicht, zie R. Whish & D. Bailey, *Competition Law*, Oxford University Press 2012, Chapter 21.

⁴ M.A. Lemley, 'Industry-specific antitrust policy for innovation' (2012) *Columbia Business Law Review* 637-653.

2. Hoe gaat de Europese Commissie om met fusies en innovatie?

2.1 Wat zijn de mogelijke invloeden van fusies op innovatie?

Een fusie kan ervoor zorgen dat een bedrijf een combinatie van *assets* verkrijgt waardoor het als eerste met een nieuw product kan komen. Een fusie kan leiden tot een dominante positie, met het risico op misbruik ervan. De Europese Commissie probeert dit vaak op te lossen door voorwaarden te verbinden aan de goedkeuring van een concentratie. Een voorbeeld hiervan is interoperabiliteit: het vermogen om informatie te gebruiken en uit te wisselen. Dit is geen absoluut gegeven, maar een relatief begrip.⁵ Fuserende bedrijven moeten vaak beloven dat hun toekomstige producten ook nog goed zullen werken met die van de concurrenten; de vraag naar hun producten zal op deze manier niet afnemen als gevolg van de fusie. Een punt van kritiek is wel dat dergelijke voorwaarden een inbreuk vormen op de contractsvrijheid van de fuserende partijen..⁶

2.2 Welke maatregelen kan de Commissie nemen om innovatie te stimuleren?

Het is dus belangrijk te bekijken of de maatregelen van de Commissie hun doel daadwerkelijk bereiken en proportioneel zijn. Standaarden van interoperabiliteit zijn vaak gebaseerd op intellectuele eigendomsrechten (IE-rechten). Hierop moeten dan vaak licenties verleend worden; een andere mogelijkheid is dat het betreffende IE-recht aan een onafhankelijke derde wordt overgedragen. De Commissie legt vaak als voorwaarde op dat licenties gegeven worden tegen 'fair, reasonable and non-discriminatory terms'. Ondanks veel discussie in de literatuur is er nog steeds veel rechtsonzekerheid over de precieze betekenis van dit begrip.⁷

2.3 Met welke economische factoren houdt de Commissie hierbij rekening?

Er zijn een aantal richtsnoeren waarmee de Commissie rekening houdt, zoals de *Horizontal Merger Guidelines*.⁸ De Commissie kijkt naar zowel innovaties uit het verleden als (mogelijke) toekomstige innovaties. Wanneer omvangrijke investeringen in R&D nodig zijn, maakt dit het toetreden tot de markt moeilijker. Verder let de Commissie op het aantal spelers op de markt, hoe de sector zich wereldwijd ontwikkelt en de IE-portfolio's van zowel de fuserende bedrijven als concurrenten. Zelfs wanneer een bedrijf een groot marktaandeel heeft, is het niet waarschijnlijk dat dit bedrijf een dominante positie heeft wanneer het (veel) concurrenten heeft met zeer actieve R&D-afdelingen.⁹

Een fusie kan ertoe leiden dat verschillende belangrijke technologieën die samenhangen, in dezelfde handen belanden. Concurrenten kunnen er dan naar gaan streven net zo innovatief te worden – óf zij

⁵ T. Hoehn & A. Lewis, 'Interoperability remedies and innovation: a review of recent case law', <https://workspace.imperial.ac.uk/business-school/Public/IP-Research-Centre/Interoperability%20remedies%20and%20innovation-%20a%20review%20of%20recent%20case%20law.pdf>, p. 3.

⁶ T. Hoehn & A. Lewis, 'Interoperability remedies and innovation: a review of recent case law', <https://workspace.imperial.ac.uk/business-school/Public/IP-Research-Centre/Interoperability%20remedies%20and%20innovation-%20a%20review%20of%20recent%20case%20law.pdf>, (2011).

⁷ T. Hoehn & A. Lewis, 'Interoperability remedies and innovation: a review of recent case law', <https://workspace.imperial.ac.uk/business-school/Public/IP-Research-Centre/Interoperability%20remedies%20and%20innovation-%20a%20review%20of%20recent%20case%20law.pdf> (2011).

⁸ Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, *Official Journal* C 31, 05.02.2004, p. 5-18

⁹ M. Laskowska, 'A Global View of Innovation Analysis in European Merger Control' (2013), <http://ssrn.com/abstract=2337174>, p. 2-4.

zullen juist de markt verlaten. De Commissie kijkt dus ook naar de andere omstandigheden. Bijvoorbeeld: stelt *juist deze fusie* het bedrijf in staat te komen met een nieuw product? Blijft de sterkere positie naar verwachting langere tijd bestaan? Dan is de kans groter dat concurrenten onterecht zullen worden uitgesloten van de markt – hetgeen de Commissie wil voorkomen.

In de volgende paragraaf bekijken we hoe de Commissie in de praktijk omgaat met dergelijke situaties in de verschillende sectoren.

3. Commissiebesluiten rond fusies en innovatie

3.1 Zaken in de telecomsector

3.1.1 *Hutchison/Telefónica UK*

De zaak *Hutchison/Telefónica UK* betreft een fusie tussen twee grote telecomaانبieders in het VK. De Commissie vreesde dat dit zou leiden tot hogere prijzen en minder keuze voor consumenten, minder ontwikkeling van de netwerkinfrastructuur. Niet iedere provider heeft zijn eigen netwerk, dus sommige (zogenaamde *virtual providers*) moeten het netwerk van een ander bedrijf gebruiken om hun diensten te kunnen leveren. Er zouden als gevolg van de overname minder netwerkkoperators bereid zijn om *virtual providers* toe te laten tot hun netwerk, wat de onderhandelingspositie van de laatste zou verslechteren. Het gefuseerde bedrijf zou deel uitmaken van beide *network sharing arrangements* in het Verenigd Koninkrijk, namelijk MBNL en Beacon. Het bedrijf zou dan nog twee concurrenten hebben (EE en Vodafone) en zou alles weten over de netwerken waarvan deze concurrenten gebruikmaken. De Commissie vreesde dat dit de innovatie zou afremmen. Hutchison bood als remedie aan om één of twee *virtual providers* toe te laten tot haar netwerk, maar dan zouden *virtual operators* dan commercieel en technisch gezien nog steeds afhankelijk zijn van het gefuseerde bedrijf. De Commissie stond de transactie dus uiteindelijk niet toe.¹⁰ In de zaak *Vodafone Airtouch/Mannesmann* werd een vergelijkbare concentratie wel toegestaan omdat de intentie was om derde partijen op niet-discriminatoire wijze toegang te geven tot het netwerk.^{11 12}

3.1.2 *Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland en Telefónica Deutschland/E-Plus*

In recente zaken is te zien dat de Commissie steeds beter proportionele voorwaarden weet te verbinden aan de goedkeuring van een concentratie. Bijvoorbeeld in de zaken *Hutchison 3G UK/Telefónica*¹³ *Ireland* en *Telefónica Deutschland/E-Plus*.¹⁴ Eerder betaalden bedrijven die toegang verkrijgen tot een netwerk naarmate zij er gebruik van maken. In meer recente zaken betalen ze een vast bedrag voor toegang tot het (voor hen gereserveerde) deel van het netwerk. Zo hebben ook de *virtual providers* voldoende prikkels om optimaal gebruik te maken van het netwerk.¹⁵

¹⁰ Zaak COMP/M.7612 *Hutchison/Telefónica UK*, 11 mei 2016, het persbericht van de Commissie over deze zaak: europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1704_en.htm

¹¹ Zaak COMP/M.1795 *Vodafone Airtouch/Mannesmann*, 12 april 2000.

¹² C. Cook, S. Frisch & V. Novak, 'Recent Developments in EU Merger Remedies', (2015) *Journal of European Competition Law & Practice*, p. 351-364.

¹³ Zaak COMP/M.6992, *Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland*, 28 mei 2014.

¹⁴ Zaak COMP/M.7018, *Telefónica Deutschland/E-Plus*, 2 juli 2014.

¹⁵ C. Cook, S. Frisch & V. Novak, 'Recent Developments in EU Merger Remedies', (2015) *Journal of European Competition Law & Practice*, p. 351-364.

3.1.3 Liberty Global/Ziggo

Een andere zaak waarin innovatie direct aan de orde komt is *Liberty Global/Ziggo*.¹⁶ De toegenomen machtspositie van Liberty Global tegenover TV broadcasters zou volgens de Commissie de ontwikkeling kunnen belemmeren van zogenaamde audiovisuele OTT services (*over-the-top*, het aanbieden van media via het internet in plaats van het netwerk van de dienstverlener). Het gefuseerde bedrijf zou ervoor kunnen kiezen om alleen toegang te geven tot bepaalde zenders wanneer de andere partij belooft zijn OTT-activiteiten te verminderen. Een aantal concurrenten hadden al contracten ondertekend waarin zij dit beloofden. Opnieuw werden er voorwaarden verbonden aan de overname: de overdracht van Film1 en het behoud van voldoende netwerkcapaciteit.¹⁷ Uit deze maatregelen blijkt dat de Commissie veel waarde hecht aan voldoende toegang tot een netwerk. Het blijft echter belangrijk dat de eigenaren van een netwerk eveneens voldoende prikkels behouden om hierin te investeren.

3.2 Zaken in de ICT-sector

3.2.1 Intel/McAfee

In de zaak *Intel/McAfee* vreesde de Commissie dat Intel zou kunnen verhinderen dat beveiligingssoftware van McAfees concurrenten zou kunnen werken met de CPU's¹⁸ en chipsets van Intel. Intel beloofde dat het niet zou verhinderen dat andere leveranciers van beveiligingssoftware op deze chips zouden werken of dat zij met nieuwe oplossingen komen. Op deze manier wordt een concurrerende omgeving behouden maar worden ook de voordelen bereikt van een betere integratie van chips met beveiligingssoftware.^{19 20}

3.2.2 Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere en Intel/Altera

In de zaak *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere* waren er minder problemen naar de mening van de Commissie. Het betrof een joint venture op het gebied van mobiel betalen. Onder andere omdat er reeds alternatieven bleken te bestaan, was het niet waarschijnlijk dat concurrenten van de markt zouden worden verdreven. Een gelijksoortige conclusie werd getrokken in de zaak *Intel/Altera*. Altera maakte zogenaamde FPGA-chips die bepaalde taken van Intels CPU's zouden kunnen versnellen zoals het herkennen van afbeeldingen of zoeken. De conclusie was wederom dat er al een nuttig alternatief bestond en Intel had al licenties aangeboden of verleend aan FPGA-concurrenten.²¹

3.2.3 Specifieke aspecten van ICT-markten

Het is belangrijk rekening te houden met enkele specifieke aspecten van ICT-markten. Het levert vaak kosten op voor een consument wanneer deze wil wisselen van leverancier. Deze kosten maken het moeilijker voor een nieuw bedrijf om klanten te winnen, maar dit levert dan ook meer op. Vaak blijft

¹⁷ C. Cook, S. Frisch & V. Novak, 'Recent Developments in EU Merger Remedies', (2015) *Journal of European Competition Law & Practice*, p. 360.

¹⁸ Central Processing Units (gebruikt in computers).

¹⁹ C. Cook, S. Frisch & V. Novak, 'Recent Developments in EU Merger Remedies', (2015) *Journal of European Competition Law & Practice*, p. 351-364.).

²⁰ Commission, Competition Policy Brief, 2016-01, April 2016, ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2016/2016_001_en.pdf

²¹ C. Cook, S. Frisch & V. Novak, 'Recent Developments in EU Merger Remedies', (2015) *Journal of European Competition Law & Practice*, p. 351-364; Commission, Competition Policy Brief, 2016-01, April 2016, ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2016/2016_001_en.pdf

slechts een klein aantal bedrijven overeind door sterke concurrentie in de vroege fase van een product.²²

Een groot marktaandeel is vaak niet beslissend, omdat dit vaak van tijdelijke aard is. De Commissie probeert in te schatten hoe succesvol toekomstige producten zullen zijn en houdt er rekening mee of er concurrerende producten in ontwikkeling zijn. De Commissie houdt ook rekening met netwerkeffecten, die veel voorkomen in de ICT-sector. Dit houdt in dat een dienst nuttiger en dus waardevoller wordt naarmate er meer mensen gebruik van maken. Bijvoorbeeld telefoons of sociale media – naarmate meer mensen deze gebruiken, kun je met meer mensen contact opnemen. De Commissie kijkt of deze netwerkeffecten verhinderen dat kleine bedrijven uitbreiden of anderszins belemmerend werken.²³ Wanneer er slechts weinig bedrijven actief zijn op de markt en een over te nemen een belangrijke concurrent is, bestaat er een grote kans dat consumenten benadeeld worden. De Commissie kijkt daarnaast of nieuwe bedrijven essentiële toegang hebben tot IE-rechten en R&D.²⁴

3.2.4 Google/DoubleClick

Bij een fusie tussen bedrijven die niet hetzelfde product of dezelfde dienst leveren (niet-horizontaal), worden andere factoren relevant. Een voorbeeld is *Google/DoubleClick*.²⁵ Google wilde DoubleClick overnemen, een bedrijf dat ervoor zorgt dat advertenties op websites geplaatst kunnen worden en kan rapporteren over de effectiviteit van deze advertenties. Door deze overname zou Google het dominante bemiddelingsplatform voor online adverteren kunnen worden. Het gecombineerde klantenbestand van Google en DoubleClick zou de dienst kunnen verbeteren door het gericht laten zien van advertenties. Deze specifieke manier van ‘behavioural targeting’ was echter contractueel verboden. Bovendien maakten de klanten van DoubleClick tegelijkertijd al veel gebruik van de diensten van concurrenten (‘multi-homing’). Door deze overname zouden de concurrenten van DoubleClick dus niet disproportioneel benadeeld worden, en zou DoubleClick geen sterke dominante positie verwerven..²⁶

3.3 Zaken in de farmaceutische sector

3.3.1 Medtronic/Covidien

In andere sectoren is de analyse van effecten op innovatie eveneens verbeterd. In de farmaceutische sector is dit van nog groter belang gezien de gezondheidseffecten.²⁷ Een voorbeeld is *Medtronic/Covidien*, deze fusie werd onder voorwaarden goedgekeurd. Medtronic was marktleider in een bepaalde behandeling en Covidien had bijna de ontwikkeling afgerond van een veelbelovende concurrerende behandeling (genaamd *Stellarex*). De Commissie wilde voorkomen dat een belangrijke concurrent de markt zou verlaten. Daarom keurde zij de fusie alleen goed nadat Medtronic had beloofd de *Stellarex*-business te verkopen.²⁸ De zaak *Novartis/GSK* is vergelijkbaar. De Commissie

²² A. Fatur, *EU Competition Law and the Information and Communication Technology Network Industries* (2011), Hart Publishing, p. 218-220.

²³ A. Fatur, *EU Competition Law and the Information and Communication Technology Network Industries* (2011), Hart Publishing, p. 224.

²⁴ A. Fatur, *EU Competition Law and the Information and Communication Technology Network Industries* (2011), Hart Publishing, p. 226-228.

²⁵ Zaak COMP/M.4731 *Google/DoubleClick*, 11 maart 2008.

²⁶ A. Fatur, *EU Competition Law and the Information and Communication Technology Network Industries* (2011), Hart Publishing, p. 234-235. A.V. Lerner, ‘The Role of Big Data in Online Platform Competition’, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2482780

²⁷ Commission, Competition Policy Brief, 2016-01, April 2016, ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2016/2016_001_en.pdf

²⁸ Zaak COMP/M.7326 *Medtronic/Covidien*, 28 november 2014.

kwam tot de conclusie dat Novartis zeer waarschijnlijk zou stoppen met het ontwikkelen van twee innovatieve medicijnen, omdat het medicijnen met hetzelfde werkingsmechanisme zou verkrijgen van GSK. Dit zou dubbele testen leiden, hetgeen kostbaar is en veel tijd vergt. Als voorwaarde voor het goedkeuren van de fusie werd opnieuw een deel van de bedrijfsactiviteiten overgedragen..²⁹

3.3.2 Pfizer/Hospira

Een vergelijkbare zaak is *Pfizer/Hospira*,³⁰ een concentratie die ook onder voorwaarden goedgekeurd werd. Het betreft een 'biosimilar' medicijn – dit heeft hetzelfde werkingsmechanisme als gepatenteerde medicijnen maar is geen exacte kopie zoals een generiek medicijn. Deze zijn veel goedkoper te produceren, wat de toegang tot medicijnen voor patiënten kan vergemakkelijken. De Commissie vreesde dat Pfizer de ontwikkeling van de biosimilar *infliximab* zou vertragen of stopzetten om zich te richten op Hospira's vergelijkbare product. Als oplossing diende de *infliximab* biosimilar overgedragen te worden.³¹

3.3.3 Siemens/Drägerwerk

De fusie *Siemens/Drägerwerk*³² laat de belangrijke rol zien van interoperabiliteit. Het betreft geen farmaceutische zaak, maar speelt zich wel af in de medische sector. Siemens beloofde op een royaltyvrije basis toegang te geven tot de benodigde informatie om ervoor te zorgen dat monitoren van concurrerende producenten met haar producten kunnen communiceren.³³ Zoals beschreven door Hoehn & Lewis zouden de ondernemingen in de hierboven beschreven zaken informatie verstrekt kunnen hebben omdat dit standaardpraktijk is in deze sector. Vóór de fusies van Siemens en Drägerwerk en GE en Instrumentarium gebeurde dit al vaak.³⁴

Volgens Lundqvist³⁵ zouden R&D-intensieve bedrijven de mogelijkheid moeten hebben om langetermijnovereenkomsten met grote bedrijven op te zeggen wanneer bewezen kan worden dat deze grote bedrijven de innovatieve bedrijven uit de markt proberen te kopen, proberen te voorkomen dat een nieuw product wordt geïntroduceerd of vergelijkbaar gedrag vertonen. Wanneer er een R&D joint venture of fusie is, zou voorkomen moeten worden dat bepaalde onderzoekslijnen worden gestopt of sterk gehinderd.³⁶ Het is wederom belangrijk om voorzichtig te zijn bij het toepassen van deze inzichten, zodat ook grote bedrijven prikkels behouden om te investeren en innoveren.

²⁹ Zaak COMP/M.7275 *Novartis/GSK*, 28 januari 2015. Commission, Competition Policy Brief, 2016-01, April 2016, ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2016/2016_001_en.pdf

³⁰ Zaak COMP/M.7559 *Pfizer/Hospira*, 4 augustus 2015.

³¹ Commission, Competition Policy Brief, 2016-01, April 2016, ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2016/2016_001_en.pdf

³² Case COMP/M.2861 *Siemens/Drägerwerk*, 30 April 2003.

³³ T. Hoehn & A. Lewis, 'Interoperability remedies and innovation: a review of recent case law', (2012), <https://workspace.imperial.ac.uk/business-school/Public/IP-Research-Centre/Interoperability%20remedies%20and%20innovation-%20a%20review%20of%20recent%20case%20law.pdf>, p. 15.

³⁴ T. Hoehn & A. Lewis, 'Interoperability remedies and innovation: a review of recent case law' (2012), <https://workspace.imperial.ac.uk/business-school/Public/IP-Research-Centre/Interoperability%20remedies%20and%20innovation-%20a%20review%20of%20recent%20case%20law.pdf>, p. 29.

³⁵ B. Lundqvist, *Joint Research and Development under US Antitrust and EU Competition Law* (2015), Edward Elgar, p. 253.

³⁶ B. Lundqvist, *Joint Research and Development under US Antitrust and EU Competition Law* (2015), Edward Elgar .

4 Analyse

4.1 Welke moeilijkheden spelen een rol bij het beoordelen van innovatie?

De afgelopen jaren lijkt de Commissie haar analyse van de innovatie-effecten van fusies te hebben verbeterd. Bij snelle technologische ontwikkelingen is het echter moeilijker te beoordelen of een fusie tot een dominante positie leidt en zo ja of dit problematisch is. Wanneer een concurrent immers komt met een nieuw product of een significante verbetering van een product kan dat betekenen dat zelfs een bedrijf met een zeer groot marktaandeel niet dominant is.

Hoe waarschijnlijk is de opkomst van nieuwe bedrijven in een sector? Is er een product in ontwikkeling waarvoor er nu nog geen substituum is? Dit is vaak moeilijk te voorspellen en kan alleen aan de hand van recente economische inzichten beoordeeld worden. Wanneer een onjuiste economische analyse wordt toegepast, leidt dit immers waarschijnlijk tot besluiten die innovatie verhinderen.

4.2 Welke kritiek is geleverd op de praktijk van de Commissie, en hoe heeft zij deze verbeterd?

Zelfs recent nog heeft de Commissie kritiek ontvangen op haar praktijk³⁷ maar deze opmerkingen lijken niet geheel terecht meer te zijn. De Commissie verbindt er nog steeds vaak strenge voorwaarden aan voordat een concentratie wordt goedgekeurd. Momenteel lijkt de Commissie echter de redenen hiervoor beter uit te leggen. De economische wetenschap boekt ook vooruitgang en levert meer kennis op over hoe innovatieve markten zich ontwikkelen. We kunnen dus hoopvol zijn dat de analyse van de Commissie nog verder zal verbeteren.

We zien dat de Commissie een activistische positie inneemt en niet bang is om ingrijpende voorwaarden te vereisen. De kritiek dat zij daarin te ver zou gaan, wordt vooral gehoord in de ICT-sector. IE-rechten zijn daar vaak essentieel voor andere bedrijven om te gebruiken of op verder te bouwen en één product kan vele octrooien bevatten.³⁸ Concurrenten kunnen dus onterecht worden uitgesloten wanneer een (gefuseerde) onderneming met een groot marktaandeel vrij is om geen licentie te verlenen op haar IE-rechten. De Commissie neemt vaak aan dat een fuserend bedrijf aan concurrenten toegang moet verlenen tot essentiële technologie.

De vraag is aan de orde gekomen of dit niet te vaak gebeurt. Concurrenten zijn nu vaak 'free riders' op investeringen van een gefuseerd bedrijf, wat hun prikkels om te innoveren vermindert. Dit is zeker een geldig argument. Toegang tot bepaalde informatie kan ervoor zorgen dat een bedrijf een nieuwe markt kan betreden, wat leidt tot meer concurrentie. Belangrijke voorbeelden hiervan zijn te zien in netwerksectoren als telecom. Slechts een klein aantal bedrijven beschikt over een netwerk; dit kan gemakkelijk leiden tot misbruik van een machtspositie. Daarom draagt de Commissie bedrijven vaak op om concurrenten hier toegang toe te verlenen. De praktijk van de Commissie op dit gebied is veranderd: bedrijven die betalen voor toegang tot een netwerk, hebben nu meer prikkels om daar ook optimaal gebruik van te maken.³⁹ Het blijft wel van belang zorgvuldig af te wegen of ook de bedrijven die een netwerk bezitten voldoende van hun investeringen kunnen profiteren.

³⁷ Zie bijvoorbeeld M. Laskowska, 'A Global View of Innovation Analysis in European Merger Control', <http://ssrn.com/abstract=2337174> (2013).

³⁸ M.A. Lemley, 'Industry-specific antitrust policy for innovation' (2012) *Columbia Business Law Review* 637-653.

³⁹ C. Cook, S. Frisch & V. Novak, 'Recent Developments in EU Merger Remedies', (2015) *Journal of European Competition Law & Practice*, p. 351-364.

Verplichtingen om toegang te geven tot assets kunnen de prikkels om te innoveren verminderen. Soms is informatie echter al publiek of zou deze toch al openbaar worden gemaakt om de toegang tot de markt voor een nieuwe technologie te bevorderen.⁴⁰ We zien dit in de ICT-sector wanneer er *open source*-alternatieven zijn voor een bepaalde technologie, maar ook in medische sectoren wanneer informatie wordt gedeeld om ervoor te zorgen dat producten breed gebruikt worden.

4.4 In hoeverre houdt de Commissie rekening met verschillen tussen sectoren?

Voor het beoordelen van de effecten van een concentratie maakt het uit in welke sector deze plaatsvindt, zoals Lemley betoogt. In de ICT-sector is toegang tot IE-rechten vaak nodig voor *follow-on innovation* (het verder innoveren met behulp van bestaande technologie); in de farmaceutische sector is dit meestal niet mogelijk doordat ieder product op zichzelf staat.⁴¹ Vooral in de medische sectoren lijkt de Commissie te willen voorkomen dat bepaalde onderzoekslijnen worden stopgezet. Van belang is dus diversiteit tussen bedrijven en hun activiteiten. Buiten deze medische sectoren zou de Commissie zich nog bewuster kunnen worden van de mogelijkheden en prikkels voor bedrijven om te innoveren, zelfs zonder het opleggen van licentieverplichtingen en vergelijkbare maatregelen. Op deze manier zou zij nog meer proportionele maatregelen kunnen nemen.

De remedies die worden toegepast, zijn vaak erg precies. Er worden vaak voorwaarden opgelegd die ingrijpend zijn, maar dit is begrijpelijk gezien de betrokken belangen. De Commissie is dus in staat te differentiëren tussen verschillende sectoren en hun specifieke eigenschappen.

5. Conclusie

Fusies in innovatieve markten zijn vaak lastig te beoordelen doordat de structuur van de markt snel verandert. Het is vaak niet mogelijk te voorspellen wat de volgende innovatieve stap zal zijn. De Commissie probeert te voorspellen hoeveel macht deze bedrijven zullen hebben na de fusie. Gaat het om de twee meest innovatieve bedrijven die fuseren? Zullen zij nog steeds voldoende concurrentie ervaren?⁴²

In de netwerksectoren zoals telecom moeten fuserende bedrijven vaak beloven toegang tot hun netwerk te zullen geven aan nieuwe bedrijven, zodat deze de markt kunnen betreden. De aanpak van de Commissie is hierbij verfijnder dan enkele jaren geleden; zij probeert verantwoordelijkheden te geven aan de verkrijgers van toegang.⁴³

Ook in andere sectoren, zoals ICT, kan een strenge aanpak worden gezien. Voorwaarden houden vaak in dat *essentiële* informatie (zelfs wanneer deze beschermd wordt door IE-rechten) moet worden verstrekt om andere bedrijven de kans te geven effectief te concurreren. Vooral wanneer mogelijke *follow-on* innovatie aan de orde is. Toegang tot informatie kan leiden tot een nieuw of verbeterd product – en effectievere concurrentie. De Commissie dient wel nauwkeurig te kijken of deze maatregelen inderdaad noodzakelijk zijn om hun doel te bereiken. Er wordt bijvoorbeeld

⁴⁰ T. Hoehn & A. Lewis, 'Interoperability remedies and innovation: a review of recent case law'.

<https://workspace.imperial.ac.uk/business-school/Public/IP-Research-Centre/Interoperability%20remedies%20and%20innovation-%20a%20review%20of%20recent%20case%20law.pdf>

⁴¹ M.A. Lemley, 'Industry-specific antitrust policy for innovation' (2012) *Columbia Business Law Review* 637-653.

⁴² M. Laskowska, 'A Global View of Innovation Analysis in European Merger Control' (2013), <http://ssrn.com/abstract=2337174>.

⁴³ C. Cook, S. Frisch & V. Novak, 'Recent Developments in EU Merger Remedies', (2015) *Journal of European Competition Law & Practice*, p. 351-364).

rekening mee gehouden of er (*open source*-)alternatieven beschikbaar zijn.⁴⁴ Het is dan niet nodig de contractsvrijheid van een dominante onderneming in te perken doordat concurrenten kunnen innoveren zonder toegang tot de technologie in kwestie.

In de farmaceutische sector is het vaak noodzakelijk om een deel van de activiteiten of een bepaald product af te staan. In deze sector is *follow-on* innovatie meestal niet mogelijk. Een nieuw bedrijf zal dus met een compleet nieuw product moeten komen. Dit type concurrentie is iets waarnaar de Commissie streeft, omdat zo nieuwe medicijnen het snelst worden gevonden – doordat meerdere bedrijven bezig zijn met de ontwikkeling ervan.⁴⁵ Daarom is deze aanpak begrijpelijk.

We zien dus dat de Commissie in staat is te differentiëren tussen verschillende sectoren, maar graag veel discretie behoudt in iedere sector. Dit is zo gebleven, maar het economisch inzicht is toegenomen, wat de Commissie in staat stelt om meer proportionele maatregelen toe te passen. Desondanks is er nog ruimte voor verbetering.

⁴⁴ T. Hoehn & A. Lewis, 'Interoperability remedies and innovation: a review of recent case law', <https://workspace.imperial.ac.uk/business-school/Public/IP-Research-Centre/Interoperability%20remedies%20and%20innovation-%20a%20review%20of%20recent%20case%20law.pdf> (2012).

⁴⁵ M.A. Lemley, 'Industry-specific antitrust policy for innovation' (2012) *Columbia Business Law Review* 637-653 (2012).